



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4114 del 2019, proposto dalla società Biblion S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Colini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza del Risorgimento, 36;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria n. 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Lietta Calzoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Medugno in Roma, via Panama 58 – *appellante incidentale*;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. 00190/2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria n. 2 che ha, altresì, spiegato appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2019 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati Andrea Colini e Andrea Manzi su delega dell'avv. Lietta Calzoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il mezzo qui in rilievo la società Biblion srl impugna la sentenza n. 190 dell'8.4.2019, con la quale il Tar per l'Umbria, Sez I, ha respinto il ricorso proposto dalla suddetta società avverso il provvedimento di esclusione, nonché quello di successiva conferma, dalla procedura ristretta ex artt. 61 e 95 del d. lgs 50/2016 per l'affidamento del servizio di attività monitoraggio infestanti, disinfezione, disinfestazione e derattizzazione per le esigenze dell'Ausl Umbria 2, nonché avverso il relativo bando pubblicato sulla GUCE in data 16 ottobre 2018, nella parte in cui (sezione VI.3) ha chiesto ai partecipanti di comunicare il Dguc in formato elettronico su supporto elettronico (es. cd/chiavetta usb) da inserire in una busta sigillata.

1.1. Segnatamente, la misura espulsiva veniva disposta in ragione del fatto che il plico fatto pervenire dalla società appellante, alla data di scadenza del 22.11.2018, conteneva un supporto informatico (CD-recordable) vuoto ed, in mancanza di ogni altra documentazione, tale mancanza è stata ritenuta essenziale ai sensi dell'art. 83 comma 9. La suddetta statuizione veniva, poi, confermata (con pec in data 20 febbraio 2019) pur a seguito della presentazione di un'istanza di autotutela con cui la società ricorrente invocava il soccorso istruttorio.

1.2. Il Tar per l'Umbria, dopo aver dichiarato inutilizzabile la documentazione prodotta dall'Amministrazione in data 23.3.2019, siccome ritenuta tardiva, ha dichiarato il ricorso, in parte, inammissibile, ove riferito al bando, e, per il resto, lo ha respinto.

Segnatamente, il giudice di prime cure, in relazione previsione del bando di gara che prevedeva la trasmissione, in un plico sigillato, del DGUE memorizzato su un supporto informatico, ha rilevato come tale disposizione non fosse presidiata da una misura espulsiva. Muovendo da tale premessa, ha, dunque, ritenuto che, anche ove tale previsione fosse stata anticipata rispetto al termine (10 ottobre 2018) che prevedeva l'obbligo dell'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 40 del Codice dei Contratti, il ricorrente non si sarebbe, comunque, avvalso della facoltà di trasmettere il DGUE in

forma cartacea, prestando, peraltro, acquiescenza alla suddetta previsione. Inoltre, l'interpretazione su cui si fonda il costrutto giuridico attoreo non comporterebbe, comunque, conseguenze sulla validità del bando non essendovi una previsione di esclusione che possa essere considerata nulla ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016. Saggiunge, inoltre, sempre sul tema qui in rilievo, che nella pretesa azionata in giudizio la Biblion non ha chiesto la riedizione della gara.

1.3. Per il resto, il giudice di prime cure ha rilevato che la detta società ha trasmesso in busta chiusa unicamente un supporto informatico (CD) vuoto, con conseguente configurabilità della fattispecie prevista dall'ultimo periodo del comma 9 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016.

2. Avverso la sentenza impugnata la società appellante ha affidato al mezzo in epigrafe le ragioni di doglianza di seguito sintetizzate:

a) Erroneità della statuizione sulla tardività della documentazione prodotta dall'Amministrazione resistente, non avendo la società Biblion srl eccepito alcunchè a tal riguardo. Inoltre, la produzione in argomento conterrebbe documenti utili se non addirittura necessari per la valutazione del ricorso (tale documentazione conteneva, tra l'altro, il plico inviato dall'odierna appellante con la relativa ricevuta di protocollo n. 0265902 intestata alla società, copia del cd-rom sul dorso del quale era trascritto il nominativo della società ed il riferimento alla gara);

b) La decisione sarebbe erronea nella parte in cui non ha invece rilevato la tardività della memoria di costituzione dell'Amministrazione. L'Amministrazione, infatti, ha prodotto contestualmente memoria e documenti in data 23 aprile 2019 con udienza camerale fissata per il successivo 26 febbraio;

c) Sarebbe altresì erroneo il capo della sentenza appellata nella parte in cui ha dichiarato inammissibili i motivi di censura articolati avverso il bando sulla premessa che la società Biblion non avesse chiesto la riedizione della gara. Tanto non sarebbe stato necessario, essendo interesse dell'appellante veder annullata la sola clausola contestata;

d) Del pari sarebbe infondata la statuizione secondo cui i rilievi sulla miglior efficacia della previsione di una trasmissione a mezzo pec sarebbero ipotetici. Ed, invero, a tal riguardo sarebbe sufficiente fare ricorso al fatto notorio. Ed inoltre non vi sarebbero state particolari esigenze di segretezza considerata la tipologia della procedura e la fase in cui si trovava. Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la procedura non prevedeva modalità alternative per la trasmissione della domanda;

e) La stessa lettera dell'art 83 comma 9 consentirebbe di sanare la mancanza del dgue.

2.1. Resiste in giudizio l'ausl Umbria 2 che ha altresì proposto appello incidentale, deducendo che il TAR avrebbe erroneamente applicato, in relazione alla camera di consiglio del 26 marzo 2019, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il termine di dieci giorni liberi a ritroso dall'udienza camerale per depositare documenti, di cui all'art. 120, co. 6 bis, *ratione temporis* vigente. Di contro, l'intervenuto deposito sarebbe ampiamente coerente con i termini propri della fase cautelare ex art 55 cpa. Inoltre, l'AUSL Umbria n. 2 ripropone in questa sede l'eccezione di inammissibilità sollevata in relazione al primo motivo di impugnazione avverso il Comunicato del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti MIT del 5/4/2018 recante disposizioni sul DGUE in formato elettronico per omessa notifica del ricorso al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

2.2. Con ordinanza n. 3015 del 14.6.2019 questa Sezione ha respinto l'appello cautelare.

3. L'appello principale è infondato e, pertanto, va respinto. Tanto dispensa il Collegio dalla disamina dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado qui riproposta dall'AUSL. Ne discende, altresì, l'improcedibilità dell'appello incidentale.

3.1. Preliminarmente, va qui ribadita la piena utilizzabilità della documentazione prodotta già nel giudizio di primo grado dall'AUSL Umbria, documentazione consistente nei provvedimenti impugnati e negli atti del relativo procedimento.

3.2. Nessuna preclusione vi è all'utilizzazione in questa sede della suddetta documentazione, dal momento che sfugge al divieto dei *nova* in appello la produzione, da parte dell'amministrazione, del provvedimento impugnato e degli atti del relativo procedimento, atteso che, ove l'amministrazione non vi provveda, il giudice è tenuto ad acquisire tali atti d'ufficio ex art. 65, c. 3, c.p.a. (Cons. St., V, 29.3.2011 n. 1925; Id., VI, 9.5.2011 n. 2738; Id., 12.12.2011 n. 6497; Id., V, 31.12.2014 n. 4153).

Tali rilievi rendono, dunque, improcedibile l'appello incidentale.

3.3. Peraltro la suddetta documentazione, così come la memoria difensiva dell'Asl erano state tempestivamente prodotte già nel giudizio di primo grado. Sul punto, deve rilevarsi che, come si evince dalla stessa lettura della decisione qui gravata, il TAR aveva fissato l'udienza camerale del 26.3.2019 per la trattazione della domanda cautelare, provvedendo, poi, in quella sede a definire il giudizio, nel merito, con sentenza in forma semplificata. Appare, dunque, di tutta evidenza come i termini utili per lo scrutinio sulla tempestività delle produzioni di parte (documenti e memorie) fossero quelli previsti, in via ordinaria, dall'articolo 55 comma 5 del c.p.a., da intendersi oltretutto dimezzati ex articoli 119 comma 2 e 120 c.p.a. considerata la materia oggetto del contendere. E', dunque, di tutta evidenza come la produzione della memoria di costituzione (lo stesso è a dirsi per il relativo corredo documentale) fosse tempestiva e, pertanto, correttamente acquisita al materiale processuale utilizzabile.

4. Orbene, venendo al merito della *res indicanda* va ribadito che la sanzione espulsiva qui avversata risulta applicata in ragione del fatto che il plico fatto pervenire dalla società appellante, alla data di scadenza del 22.11.2018, conteneva un supporto informatico (un CD-recordable), recante in superficie la scritta in stampatello “BIBLION SRL – 04387641006 – DGUE X SERVIZIO DISINFEZIONE E DERATTIZZAZIONE PER L’AUSL UMBRIA 2”, ma completamente vuoto, privo cioè della dichiarazione richiesta.

4.1. Il bando di gara, sul punto, prevedeva, alla sezione VI.3, che “...Il plico, in cui inserire il supporto elettronico (es. cd/chiavetta usb) contenente il DGUE in formato elettronico e la documentazione di cui sopra, sottoscritta digitalmente, dovrà pervenire all’Ufficio Protocollo della Ausl Umbria 2 Centro Direzionale «Le Scale di Porta Romana» Via Chiavellati 06034 Foligno (PG) –Servizio Acquisizione beni e servizi – c.a. del RUP dr.ssa Eliana Colino, in busta chiusa e sigillata, con la dicitura: «Procedura Ristretta per affidamento del Servizio attività monitoraggio infestanti, disinfezione, disinfestazione e derattizzazione per le esigenze della AUSL Umbria 2. –Non aprire»”.

4.2. Vale, poi, soggiungere che, nell’economia della fattispecie qui in rilievo, il DGUE in formato elettronico su supporto informatico costituiva l’unico documento richiesto dal bando ai fini della prequalifica, non essendo prevista né richiesta la produzione di domande ovvero di altre dichiarazioni.

5. Appare allora di tutta evidenza che, a cagione delle rilevanti omissioni che hanno segnato il contenuto rappresentativo dell’unico documento trasmesso dalla società appellante ai fini della partecipazione alla gara, nessun documento ad essa riferibile possa ritenersi essere pervenuto al seggio di gara.

5.1. Non può, invero, dubitarsi del fatto che il mero involucro esterno così come la scritta riportata sul disco costituiscano elementi strutturalmente inidonei a veicolare all’interno del procedimento di gara sia l’univoca volontà della società di partecipare alla procedura, correttamente esternata dalle persone a ciò qualificate con capacità di impegnarla nei rapporti esterni, sia la certa provenienza e riferibilità di una siffatta (mancante) dichiarazione alla società medesima.

5.2. Né parimenti poteva ritenersi predicabile il ricorso al soccorso istruttorio. Com’è noto, l’art. 83 (“Criteri di selezione e soccorso istruttorio”), comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 espressamente prevede che: “Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.”

5.3. Appare, dunque, di tutta evidenza come le richiamate disposizioni legislative siano di latitudine tale da far rientrare nell’ambito operativo del relativo istituto, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l’art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, le carenze di “qualsiasi elemento formale della domanda”, ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand’anche di tipo “essenziale”, purché non involgente l’offerta economica o tecnica in sé considerata e, dunque, in teoria, anche la stessa omessa presentazione della dichiarazione in argomento.

5.4. Ciò nondimeno, nel caso qui in rilievo, sussistono elementi obiettivi del tutto peculiari che, trascendendo i limiti della mera incompletezza formale della documentazione, depongono, univocamente, per la manifesta ultroneità del ricorso alla procedura del soccorso istruttorio.

Occorre, infatti, rammentare che il DGUE, nell’economia della procedura qui in rilievo, costituiva l’unico documento richiesto per la selezione nella fase di prequalifica, di talché la sua totale mancanza, per le ragioni sopra già evidenziate, non potendo essere sopperita da ulteriori contributi dichiarativi riferibili alla società appellante, giammai confluiti nella procedura di gara, ha generato una situazione di obiettiva ed irreversibile incertezza quanto a contenuto e provenienza della documentazione trasmessa, costituente un mero involucro, di fatto così integrando quella situazione limite di irregolarità essenziale che nella disciplina di settore non è suscettiva di sanatoria.

6. Né possono trovare qui utile ingresso le doglianze che involgono direttamente la legge di gara e, segnatamente, la clausola del bando che disciplinava le modalità di partecipazione a tale fase della procedura.

6.1. Ed, invero, il capo della decisione appellata, con ampia e condivisibile motivazione, chiarisce le ragioni di inammissibilità di siffatte doglianze che, nella declinazione proposta dall’appellante, non metterebbero in discussione l’intera procedura ma solo giustappunto la clausola qui in rilievo ai soli fini della partecipazione della Biblion alla procedura.

6.2. Anche accedendo a tale opzione di lettura delle censure articolate dall’appellante, deve, però, convenirsi con il giudice di prime cure che, pur privando, *in parte qua*, di efficacia precettiva la *lex specialis*, nella parte in cui cioè governa il confezionamento in formato

digitale del DGUE e la sua trasmissione all'interno del plico, disposizione peraltro priva di sanzione, ciò nondimeno l'approdo valutativo non potrebbe essere diverso.

6.3. Resta, infatti, dirimente la circostanza che la stazione appaltante non si è avvalsa di modi alternativi per confezionare e trasmettere la documentazione richiesta (il formato cartaceo ovvero la PEC) ma, uniformandosi alle prescrizioni della disciplina di gara, ha seguito le istruzioni ivi previste trasmettendo però un involucro privo di qualsivoglia contenuto con l'effetto che, indipendentemente dalla forma utilizzata, alla data di scadenza prevista dal bando, non è pervenuto al seggio di gara nessun documento che, in apice, testimoniassero finanche la semplice volontà di partecipare alla procedura.

Tanto è sufficiente ai fini del rigetto dell'appello, cui consegue la declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale.

Le spese del presente grado di giudizio, in ragione della peculiarità della vicenda scrutinata, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti, così provvede:

- 1) respinge l'appello principale;
- 2) dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccellì, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO